

LA CONTROVERSE DU PRINCIPE DE PRECAUTION

Selon les sources reconnues, le terme de controverse a un sens dialectique double. Il est associé à la rigueur comme “ discussion sérieuse sur un problème important ” et à une certaine esthétique mettant en cause les mystères fondamentaux comme “ art de discuter les questions religieuses ”.

Le principe de précaution répond à cette double dimension comme à ses quatre composantes. Il est indiscutablement “ *important* ” si l’on en juge par l’accumulation doctrinale et même l’intérêt des pouvoirs publics le concernant depuis plusieurs années. Il relève également d’une certaine manière de la “ religion ” en ce qu’il comporte assurément une certaine logique du “ miracle de la foi ” : on y “ croit ” sans savoir pourquoi, sans le connaître, parce qu’il est, un peu comme la croyance n’a pas à se justifier. Cette religiosité n’exclut pas une certaine dimension “ artistique ” que l’imprécision du concept encourage, permettant parfois une vision “ impressionniste ”, sinon “ surréaliste ” de ce principe. Il est enfin “ sérieux ”, presque au sens du moyen ou du doute “ sérieux ” retenu par l’ancien juge du sursis à exécution devenu référé-suspension, c’est-à-dire susceptible de servir de fondements à l’annulation d’un juge.

La “ discussion sérieuse ” sur ce “ problème important ”, devenu presque “ question religieuse ”, sans aller jusqu’à être un “ art ” mérite à notre sens un double prisme propre à toute controverse : celui du réquisitoire, dont l’excès accusatoire accentue les failles (I), mais aussi celui du plaidoyer, laissant à la défense le soin d’exacerber les mérites (II).

LE REQUISITOIRE

Par Manuel GROS

Professeur à l’Université d’Artois

Directeur du Centre Ethique, procédures et environnement

La notion de principe de précaution justifie trois actes d'accusation connexes et successifs liés à son essence même. La faiblesse du fameux principe est en effet de n'avoir pas de contenu précis (I) surtout pas juridique (II) ce qui explique ses méfaits jurisprudentiels (III).

UN CONCEPT FLOU ET SANS CONSISTANCE :

Le premier élément de l'acte d'accusation repose sur le fait que le principe de précaution n'a pas de contenu exact, ou à tout le moins de contenu admis par tous. Comme le remarque Olivier GODARD " les acteurs ne s'accordent pas sur le même contenu exact de cette norme ". Le phénomène de désaccord doctrinal sur le sens d'un concept est cependant chose relativement courante et nombre de nos notions fondamentales ne font pas toujours l'objet d'une acception unanime. Ainsi les notions d'établissement public, de clause exorbitante du droit commun, de prérogatives de puissance publique, voire de service public, sont loin d'avoir le même sens pour chacun, ce qui ne les empêche pas de servir de critère en droit administratif général, mais elles ont toutes – au moins au moment où le juge les utilise – une définition pratique et utilitaire commune, ne serait-ce que pour justifier la compétence de la juridiction administrative !

Tel n'est pas le cas du principe ici accusé, dont la recherche d'une définition, loin de servir sa compréhension, aurait même des effets surprenants, tant le principe de précaution, selon la célèbre formule du Professeur Tryphon TOURNESOL, est à la fois " assez simple et assez compliqué ". Il a en effet la particularité de se refuser à la définition préalable, chère à Marcel WALINE, et si indispensable à l'analyse juridique. Comme le reconnaît Nicolas de SADELEER, parlant des grands principes environnementaux dont celui de précaution, " ces principes appartiennent en tous cas à des concepts dont la compréhension semble aller de soi, mais qui ont tendance à se dérober au fur et à mesure que l'on cherche à les définir. "

Cette imprécision affirmée par les auteurs n'est certes pas démentie par la définition législative qu'en donne aujourd'hui l'article L 110-1 du Code de l'environnement, après l'article L 200-1 du code rural et la loi Barnier du 2 février 1995 : "le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ".

La Pythie de Delphes n'aurait pas fait plus ambigu!

Mais cette imprécision confinant à la perte de contenu est aggravée par l'utilisation imprudente et abusive qui en est faite.

Comme le remarque avec élégance Charles COUTEL, " notre temps semble appliquer ce principe à tous les domaines (écologie, santé, alimentation etc..) mais très rarement aux usages du ...principe de précaution. ". En d'autres termes, aucune précaution dans l'utilisation de la précaution ! Un peu comme on était " zazou " au milieu du siècle ou " tendance " actuellement, il faut être " précaution ".

Certes l'ambiguïté et donc l'absence de rigueur pourrait n'être que sémantique et

relever d'un seul choix de mot malheureux. Le mot précaution vient littéralement du latin " praecavere " (prendre garde) mais le principe environnemental en cause relève manifestement davantage du concept de " prudence ", c'est-à-dire de la " prudentia ", dont Cicéron faisait une " vertu émanant de l'acte de prévoir ". Or la précaution n'est qu'une des conséquences, un des " effets empiriques " de la prudence. Elle n'est aussi qu'un aspect – négatif et restrictif - d'un comportement, celui de prudence, qui n'exclut pas de faire !

Que ce soit par respect de l'étymologie ou par simple cohérence c'est dans tous les cas de la prudence et non de la précaution que procède naturellement le principe de ...précaution !

Cette imprécision conceptuelle serait sans importance en poésie ou littérature ; Alfred de Vigny confondait bien pour la rime et notre plaisir le " loup-cervier " (alias lynx et donc félin) avec une race de loup.

Mais on comprendra mieux l'accusation du point de vue du juriste : comment peut-on utiliser un concept comme règle de droit s'il n'a pas de sens précis ?

UN CONCEPT QUI N'EST PAS DU DROIT POSITIF !

On sait que c'est la célèbre déclaration de Rio qui développe le principe en son point n° 15, mais l'on sait qu'elle ne constitue même pas un traité mais une déclaration politique qui pose par ailleurs aujourd'hui le problème de sa valeur coutumière. L'érection des " principes " dégagés lors des forums internationaux – tels celui du " développement durable " comme naguère celui de " patrimoine commun de l'humanité " - en règle de droit positif a toujours suscité à tout le moins le doute.

Le principe est donc dès son origine suspect quant à sa portée juridique.

Mais il est vrai que nombre de concepts issus de simples débats se sont vus reconnaître valeur normative par l'effet de leur entrée dans la législation, la réglementation voire simplement la jurisprudence.

Or de fait le principe figure aujourd'hui dans notre arsenal législatif, puisque l'article L 110-1 du Code de l'environnement, après l'article L 200-1 du code rural et la loi Barnier du 2 février 1995 le mentionnent .

Mais le législateur – dans sa grande sagesse selon une formule désuète mais de bon sens- a fixé lui-même les bornes de ce principe, qui comme les autres principes du droit de l'environnement, selon le code de l'environnement ne doivent " qu'inspirer " la politique de développement durable législative de la France. Cette inspiration de la politique législative pourrait aussi bien s'appliquer au devoir de mesure, à celui de tolérance et finalement à toute norme de comportement positive !

Cette absence de portée normative du principe de précaution a d'ailleurs été parfaitement comprise à ses origines. Invoqué dès 1995 à l'encontre de la décision présidentielle de reprendre les essais nucléaires dans le pacifique devant le Conseil d'Etat par l'association Greenpeace en sa formulation expresse de la loi Barnier, le principe de précaution ne fut pas examiné par la Haute Assemblée, qui rejeta sur le terrain de l'irrecevabilité d'un recours contre un " acte de gouvernement " en vertu de l'immunité

juridictionnelle qui protège de tels actes. Mais il le fut par le commissaire du gouvernement Marc Sanson qui ne voyait dans cette disposition qu'un simple exposé des motifs de la politique environnementale.

Ce refus par le Conseil d'Etat d'intégrer le principe de précaution dans le droit positif a été récemment confirmé – et de manière explicite - par le conseil constitutionnel. Dans sa célèbre décision du 27 juin 2001, le Conseil constitutionnel juge sans équivoque que “ contrairement à ce qu'affirment les requérants, le principe de précaution ne constitue pas un objectif de valeur constitutionnelle ”. Ce refus est d'importance car la liste des “ objectifs de valeur constitutionnelle ” s'allonge aujourd'hui et couvre des objectifs d'importances politique ou sociale dont la supériorité sur le principe de précaution ne s'impose pas toujours : recherche des auteurs d'infractions et prévention des atteintes à l'ordre public, préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, lutte contre la fraude fiscale, logement décent ... Le rejet montre ainsi, dans un domaine pourtant où le pouvoir prétorien est discrétionnaire, les limites du principe !

La même prudence (et non-précaution) existe au-delà du pur droit interne français. On retrouve en effet dans la formulation internationale et communautaire du principe la constance de l'indétermination textuelle du principe. Si le traité de Rome - en sa version consolidée- s'y réfère expressément en affirmant en son article 174 que la politique de la communauté est fondée “ sur le principe de précaution ”, c'est toujours sans le définir .

Il est vrai que certains pays ont intégré le principe – au moins en l'esprit- dans leur bloc de constitutionnalité, mais toujours d'une façon suffisamment vague pour n'en pas permettre l'accession au rang de norme de droit positif. Ainsi la Constitution grecque parle d'obligation d'Etat, mais à propos de “ la protection de l'environnement ”, la Loi fondamentale allemande entend assumer “ sa responsabilité pour les générations futures ”, et celle du royaume de Belgique – plus précise – garantit “ le droit (...) à la protection de la santé (...) à la protection d'un environnement sain ”.

Mais ce sont là – même si le terme de “ droit ” garanti est utilisé par la constitution belge- formulations très générales, encore plus à la limite du non-concept que notre principe de précaution

Aussi, à ce stade de l'accusation, le principe de précaution doit être exclu de toute espérance d'intégration dans le droit positif, en tous les cas comme norme.

Il n'a pas nécessairement à en rougir, puisque la “ solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges résultant de calamités nationales ” ne se sont pas vus reconnaître cette efficacité en leur qualité de “ principe ainsi posé, en l'absence de dispositions législatives précises en assurant l'application ”.

Tel est le cas du principe de précaution : en admettant qu'il ait un contenu, il n'appartient pas au droit positif, quel que soit son intérêt éthique.

Certes, il existe des principes qui n'appartiennent pas au droit positif mais ont conservé une certaine utilité : c'est le cas des normes de droit jurisprudentiel. Ainsi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne sont pas sans interrogations (quels principes ? quels sont ceux qui sont fondamentaux ? Quelles Républiques ?), mais ils ont une fonction et une utilité certaine dans la mission du conseil constitutionnel.

Or si par extraordinaire le lecteur admettait cette pirouette consistant à admettre qu'un principe sans réelle signification et n'appartenant pas au droit positif puisse avoir cette

utilité, il lui faudrait constater que même dans cette fonction strictement d'alibi ou prétexte à la censure du juge, le principe de précaution est sujet à critique.

UN MAUVAIS OUTIL JURISPRUDENTIEL !

Le principe de précaution, en admettant son contenu et sa fonction téléologique de fondement du contrôle devrait inquiéter davantage qu'il ne rassure.

En premier lieu il permet au juge d'exercer un contrôle d'opportunité interdit. En effet, lorsqu'il est utilisé – par les riverains ou associations de défense - à l'encontre de l'Administration, pour lui reprocher un “manque de précaution”, il va trop loin dans le champ d'application du contrôle exercé par le juge sur l'opportunité d'une mesure administrative. En effet, la substitution d'appréciation ne peut être admise que dans certaines limites liées d'une part à une réalité factuelle relativement objective et d'autre part si elle s'exprime de manière négative, par élimination de la “mauvaise” appréciation administrative. Le contrôle “de précaution” par contre repose au contraire sur une incertitude factuelle (l'incertitude scientifique condition de la précaution par opposition à la prévention) et ne permet pas l'élimination d'une des solutions possibles, et impose la solution de ..précaution. Dans l'affaire des “O.G.M. ”, le demandeur reproche ainsi une autorisation de mise sur le marché de semences de maïs transgéniques au nom de l'absence de certitudes, notamment sur certains impacts sur la santé publique du gène de résistance à l'ampicilline contenu dans les variétés concernées. Dans leurs recours indemnitaires, les victimes de l'amiante reprochent même l'absence d'expertise scientifique en France dès le milieu du vingtième siècle, alors que ces mesures auraient été prises en Grande Bretagne à la même époque. Comme on le voit, dans un contexte d'inaction administrative (par ignorance ou insuffisance d'expertise), il est substitué une attitude positive qui aurait été meilleure (expertise plus poussée des gènes, et plus tôt dans le temps des effets de l'amiante). Cette substitution de ce qui aurait du être fait en lieu et place de ce qui ne l'a pas été dépasse le pouvoir dévolu au juge, même dans le cadre du contrôle qualifié en doctrine de “maximum”. L'exemple du contrôle juridictionnel de l'utilité publique illustrerait la dérive du contrôle de précaution. Ainsi le contrôle “normal” de l'utilité publique apprécie celle-ci d'une part dans un contexte matériel en principe connu, d'autre part se contente d'éliminer tel ou tel choix administratif qui ne serait pas d'utilité, à raison d'un bilan négatif. La démarche de précaution en matière de lignes à haute tension conduirait par exemple le juge à donner raison au choix des requérants de l'enfouissement des lignes contre les choix de tracé de lignes aériennes, au nom du risque incertain que lesdites lignes aériennes engendrent pour la santé publique. En d'autres termes, la subjectivité d'appréciation incertaine, au nom du principe de précaution, se substituerait à un contrôle au sein de choix techniques sinon certains, du moins connus.

Outre le risque d'opportunité interdite, et toujours dans le registre même d'un contrôle maximum du juge, le contrôle de précaution créerait aussi un risque de contrôle de proportionnalité novateur sinon excessif. Cette fois ci le plus souvent du point de vue des exploitants, c'est la proportionnalité de la mesure de précaution qui sera contesté. Jusqu'à une époque récente la police administrative spéciale était étrangère à ce type de contrôle, réservé à la seule police générale, dans la quelle les mesures de police doivent être proportionnées à ce qui est nécessaire au maintien de l'ordre public. Certes, dans certains domaines spécifiques, comme le droit des étrangers, notamment sous la pression des principes issus de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des

libertés fondamentales, le Conseil d'Etat a pu étendre le contrôle de proportionnalité à certaines mesures prises dans le cadre de la police spéciale, mais cela reste exceptionnel. Le contrôle exercé jusqu'à présent en matière de police spéciale est le contrôle restreint, surtout dans les domaines concernés par le principe de précaution, comme ceux par exemple de la mise sur le marché de produits pharmaceutiques. La nouvelle fonction juridictionnelle du fameux principe amènera naturellement les plaideurs, cette fois au nom de la poursuite de l'exploitation, de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe de sécurité juridique, du droit au travail ... à demander le bénéfice de l'adéquation des mesures aux faits, au nom même du principe de précaution.

Plus grave enfin est sans doute le vide juridique qui résulterait d'une utilisation généralisée et excessive du principe de précaution. Un de ses domaines potentiels d'application pourrait être par exemple celui de la responsabilité médicale. Cette dernière a connu, on le sait, une double et essentielle évolution, tant au niveau de la responsabilité pour faute que de celle résultant du risque que l'on a fait courir au patient. Ces évolutions sans doute nécessaires dans le refus social – et donc jurisprudentiel – de voir, sauf cas de faute exonératoire naturellement – la victime assumer le poids de son préjudice, seraient privées de contenu si on leur associait le principe de précaution. Ainsi le risque exceptionnel, susceptible d'être découvert à condition d'utiliser tous les moyens de la science médicale – ce qui est exactement l'hypothèse “ Bianchi ”, car une hyper allergie à l'iode sera détectée en utilisant toute la panoplie des moyens d'investigation – deviendrait tout risque d'accident opératoire ou d'aléa thérapeutique, si le principe de précaution permettait d'intégrer l'incertitude scientifique. Cette généralisation, amorcée dans le domaine particulier de l'anesthésie est certes possible, ne serait-ce que par volonté du législateur, mais elle anéantirait le sens même du fondement du risque. Dans le domaine de la faute, l'intervention d'un devoir d'information, dont la carence constitue une faute, associé au principe de précaution conduirait à une obligation d'information de ce que l'on ne connaît pas scientifiquement, ce qui pour être séduisant, n'en resterait pas moins surréaliste.

Cette faille substantielle de contenu du principe de précaution est si réelle que le juge, sans doute par volonté de modernisme est obligé de l'utiliser en lieu et place des autres fondements d'annulation ou de condamnation. Ainsi, lorsque le tribunal administratif de Lille, dans un jugement remarqué annula la délibération de révision du schéma directeur de l'agglomération lilloise à raison de ce que ses auteurs “ n'ont pas satisfait aux exigences du principe de précaution mentionné à l'article L 200-1 précité du code rural ”, il sacrifiait sans doute à une mode sémantique, car les nuisances induites sur les champs captants de l'agglomération lilloise étaient parfaitement connues des auteurs comme du tribunal, puisqu'il les retint expressément, faisant ainsi application non du principe de précaution, mais de celui de prévention !

Sans contenu précis, sans portée normative, utilisé à tort voire dangereusement pour la stabilité des raisonnements juridiques, le principe de précaution, dont chacun s'accordera par ailleurs à vanter les mérites de sa finalité, est en fait l'expression d'une volonté de voir le juge “ bien ” juger, au delà de la stricte régularité formelle à lui opposée, voire du droit positif.

Mais cet esprit processuel a toujours existé sous le nom d'équité et pourrait s'exprimer comme l'équité ...environnementale.

Mais l'équité, ce n'est ni nouveau, ni moderne, ni surtout “ tendance ”, c'est

pourquoi on lui préfère un non-concept !

LE PLAIDOYER

Par David DEHARBE
Maître de conférences à l'Université d'Artois
Directeur du DESS de droit de l'environnement industriel

En tant qu' "interprète légitime du droit " le juriste universitaire est voué à systématiser une définition officielle du " principe de précaution " qui bénéficiera de la " force du droit ".

Mais cette entreprise requiert une grande prudence méthodologique. Et si un plaidoyer doit être fait ici, c'est moins pour saluer les vertus intrinsèques du principe de précaution que sa capacité à reposer l'éternelle question des conditions de production du droit.

De ce point de vue le processus de 'juridicisation' du principe s'avère en marche et sa singularité mérite l'attention. On doit d'abord interroger la finalité de la consécration législative du principe qui, *a priori*, semble dépourvue d'intérêt en droit positif : c'est reposer la question très contemporaine de la finalité politique du " droit mou " (I). On constate encore que ce processus repose par voie de conséquence sur une mobilisation du pouvoir normatif des juges par les justiciables, ceux-ci l'invitant à consacrer la 'juridicité' du principe. Au contentieux, le principe donne ainsi à voir toute sa potentialité subversive tant d'ailleurs pour l'ordre juridique que pour la doctrine juridique (II). Et effectivement si les " interprétations authentiques " des juges paraissent seules à même de trancher d'autorité la question, leur office nous préserve dans l'immédiat du " mauvais droit jurisprudentiel " (III).

PLASTICITE ET PORTEE POLITIQUE DU PRINCIPE

On doit admettre que la définition textuelle du principe de précaution est simplement déclaratoire. Reste que sa plasticité est inhérente au droit de l'environnement et que sa consécration législative livre la portée politique du principe.

Plasticité de la définition législative de la précaution.

Le principe de précaution dans sa version législative résisterait donc à l'incontournable définition préalable.

Concédonsons que les environmentalistes eux-mêmes s'efforcent de proposer une alternative à cette définition législative. On a pu " néanmoins se demander s'il est bien raisonnable de vouloir définir un principe tel que celui de précaution ". Mais ces défenses demeurent un échappatoire procédurier dans un plaidoyer, en ce qu'elles consistent à déplacer le débat de la " définition préalable " vers sur celui d'un hypothétique amendement de la loi ou de la qualification de la précaution comme un " standard de jugement qui se construit contexte par contexte ".

Plus fondamentalement on voudrait rappeler cette considération de principe : dire d'un texte qu'il est clair c'est déjà l'interpréter. Kelsen lui-même admettait d'ailleurs que le sens du texte juridique n'est jamais univoque et requiert les " actes de volonté " du juge.

Admettons néanmoins que la définition est " emberlificotée ". Elle l'est, essentiellement

pour deux raisons : d'une part, à cause des limites qu'elle comporte, appelant des mesures "proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable" ; d'autre part, la définition ne précise pas les mesures impliquées par l'application du principe.

Mais ce faisant le principe de précaution ne masque pas les enjeux qui président à sa consécration. En ce qu'il est susceptible de limiter les libertés du commerce et de l'industrie et de circulation des marchandises, le principe heurte effectivement de front les intérêts économiques et implique sa conciliation avec ces autres composantes de l'intérêt général, à côté de l'environnement. D'ailleurs la protection de l'environnement n'est pas pensée par le droit contemporain en termes de hiérarchisation des intérêts mais au moyen d'une "démarche intégrée" qui tend à juxtaposer les intérêts en présence. Et le droit de l'environnement est coutumier du fait ; ceci, même dans ses dimensions réputées les plus techniques et a priori les plus précises. Il a en effet recours à des "standards juridiques" qui tendent à concilier au cas par cas, la protection de l'environnement et les autres composantes de l'intérêt général. Le renvoi aux "meilleures techniques disponibles" comme critère communautaire et réglementaire de définition des prescriptions imposables aux installations classées illustre cette tendance. L'intérêt au flou laisse ici s'exprimer les opérations de conciliation des intérêts économiques et écologiques. En témoigne encore, la définition même du déchet par les législateurs communautaires et français qui intriguent toujours autant la doctrine. De la même façon, avec la planification environnementale le législateur laisse le soin aux autorités locales, aux représentants de l'Etat et aux destinataires de la norme de concilier les impératifs environnementaux et économiques. Est-ce la manifestation d'un droit post-moderne ou au contraire d'une anti-modernité du système juridique ? La question reste posée et c'est là un autre problème.

Le principe de précaution nouveau mythe légitimant de l'action publique.

Faute de doter sa définition d'une force obligatoire, la détermination législative du principe de précaution a encore tous les attributs de ce qu'on appelle le droit mou. Et comme le rappelle Manuel Gros, le salut pour les tenants de la positivité du principe ne saurait sembler-t-il être trouvé dans les droits international et communautaire originaire. Or on connaît les termes du procès de ce 'mauvais droit', qui en définitive n'en serait pas : la loi doit prescrire, sous peine de comporter un énoncé situé en dehors de la hiérarchie des normes. Il est alors tentant d'admettre l'inutilité juridique de la consécration législative du principe. Reste, on y reviendra (cf. *infra* III), que cela n'hypothèque en rien la portée positive du principe, qui se trouve accueilli et consacré par la jurisprudence administrative.

Mais surtout, le "champ politique" pouvait-il faire l'économie de la mise officielle sur le marché politique de ce bien nouveau ? Non car le principe de précaution légitime le pouvoir de police, avant de corseter son exercice.

D'abord du point de vue des relations internationales on comprend très bien comment l'inutile consécration législative du principe en droit français sert néanmoins la "politique juridique extérieure" déployée en matière de libéralisation des échanges. La position française dans l'affaire du bœuf britannique ou encore les partis pris de l'Europe à propos des OGM se réclament du principe.

Et du point de vue interne, il est à peine besoin de rappeler les domaines variés où

l'Etat a invoqué le principe de précaution : lutte contre le réchauffement climatique, contre la listériose, la vaccination contre l'hépatite B, la dissémination des OGM, les refus d'importation des farines contaminées par le prion, l'abattage systématique de cheptels en cas de risques sanitaires ou encore la fermeture de l'usine coca-cola de Dunkerque ... Si l'Etat se caractérise bien par le monopole de la contrainte légitime, on perçoit en quoi le principe est synonyme d'une extension du pouvoir de police en économie de marché - du moins à prendre le point de vue de la légalité et non celui de la responsabilité juridique.

Plus profondément, cette consécration du principe de précaution s'inscrit dans une inversion de ce qui fonde le droit à la sûreté : il ne s'agit plus, selon une logique révolutionnaire, de prémunir le citoyen d'une vision pessimiste du pouvoir et donc de l'Etat. Tout comme avec le "droit à la sécurité", proclamé par la loi Pasqua, il s'agit pour ainsi dire de protéger le citoyen de ses congénères et ici de leur production. Comme le souligne François Ewald, en se référant aux technologies politiques dont parle Foucault, "les techniques de précaution, quant à elles, ne portent ni sur des corps à dresser ni sur des âmes à soumettre, mais plutôt sur des produits". Effectivement, "si la précaution vise bien les hommes et leur conduite, c'est à travers ce qu'ils produisent et la manière dont ils le font". Cette mission qui juridiquement consistera en une limitation des libertés du commerce et de l'industrie ou de circulation des marchandises revient à l'Etat et légitime d'autant l'usage des prérogatives de puissances publiques. Ainsi on retrouve avec le principe de précaution l'effet légitimant qu'a pu avoir le service public sur et pour l'action publique. Certains annoncent d'ailleurs "une nouvelle construction de l'Etat" au moyen du principe.

De ce point de vue, la littérature scientifique a un peu rapidement stigmatisé les "usages extensifs, voire erronés" du principe là où "la précaution est utilisée dans des contextes où il n'y a pas d'incertitude, mais absence de prise en compte de risques connus ou relativement cernables". Certes, pour prendre un des exemples récents de cette tendance, la soit disant réactivation du plan 'Vigipirate' au nom de la précaution par le Ministre de l'intérieur suite aux attentats du 11 septembre 2001 relèverait plutôt de la problématique de la prévention - à retenir les définitions de la précaution de la loi Barnier, du rapport Kourilsky et Viney ou encore des experts de l'Ineris. Mais cette assimilation n'est pas simplement un abus de langage à bannir, elle démontre surtout comment le principe de précaution se trouve convoqué pour justifier la limitation des libertés individuelles au nom de l'intérêt général et participe en définitive du contrôle social. Et bien évidemment le traitement médiatique du spectaculaire, qui trouve ainsi une réponse aisée et rapide dans un mot, travaille encore à une telle assimilation de la prévention et de la précaution pour *in fine* contribuer inconsciemment à la construction de ce nouveau mythe légitimant de l'action publique.

Autre intérêt politique à la consécration purement formelle par la loi du principe, sa contribution à la "démocratie de procédure" qui viendrait corriger les défauts du système représentatif. La place faite à l'expertise dans l'analyse du doute scientifique en situation de précaution injecte un débat contradictoire dans la gestion des risques. Elle donne un titre supplémentaire aux entrepreneurs des causes sanitaires et écologiques pour discuter le choix public. C'est la manifestation, sinon de la démocratie du public prônée par certains, du moins d'une démocratie continue où entre deux élections un nouveau contrôle sur le choix public peut être engagé ... en tout cas par ceux qui ont le capital culturel suffisant pour le faire. En ce sens "c'est une notion processuelle qui enrichit, diversifie, ouvre et peut, éventuellement, démocratiser les systèmes actuels de définition et de la gestion des risques".

Rompant ainsi avec le “ droit moderne ” des sociétés occidentales et son caractère unilatéral, la “ force de la règle de droit [...] dépend désormais du consensus dont elle est entourée ”. Et au total, c’est là aussi “ une forme ultime de domination douce à très haut rendement ” qui se voit consacrée par le législateur : “ le rêve serait de faire que la décision de prendre ou de ne pas prendre un risque, en chaque domaine, soit une décision partagée par tous ”.

LA DIMENSION SUBERSIVE DU PRINCIPE

Le législateur a sans doute fait preuve “ de prudence ” en refusant explicitement la positivité au principe de précaution. Certains ont même décelé le soucis de “ sécurité juridique ” dans cette démarche. Reste que le principe a d’ores et déjà déployé sa vocation subversive, tant au contentieux que dans le champ doctrinal.

Précaution et usages subversifs du prétoire

Au contentieux, la loi Barnier se donne à voir comme un tigre de papier confronté à la contestation au moyen des prétoires de l’ordre juridique établi. On peut même avancer l’hypothèse que l’usage qui a été fait par certains des voies de recours dépasse de loin la volonté d’obtenir satisfaction dans un cas d’espèce : les associations de protection de l’environnement ont très certainement cherché à se faire produire du droit, particulièrement de la part du juge administratif. A citer le rapport du Conseil d’Etat pour l’année 1999, on constate d’ailleurs que le juge lui-même est bien conscient de la tâche qui est la sienne : “ Le juge administratif [...] va devoir progressivement préciser la portée juridique qu’il convient de reconnaître au principe de précaution , jusqu’ici sujette à hésitations et non explicitement reconnu par la jurisprudence ”.

Quoi qu’il en soit de la motivation supposée des justiciables (elle mériterait en soi une sociologie des causes qui ne peut-être menée ici), un constat s’impose à l’analyse : le principe a démontré sa vocation subversive et son imprécision masque sa capacité à bousculer les catégories juridiques les plus fondamentales de notre ordre juridique.

Selon la distinction établie par J.H. Stahl et déclinée par C. Cans, c’est le contentieux du “ manque de précaution ”, par opposition à celui de “ l’excès de précaution ”, qui témoigne de la vocation du principe à déstabiliser les piliers du temple juridique.

Au contentieux administratif c’est d’abord une nouvelle forme de contrôle juridictionnel sur l’établissement des faits qui est sollicitée par les justiciables, au nom du principe. Face à un manque de précaution, le juge est encore invité à contrôler les procédures administratives d’établissement de la matérialité des faits en situation d’incertitude scientifique et le cas échéant de sanctionner le refus de l’administration d’enrichir de sa propre initiative les procédures.

C’est ensuite le contrôle de l’utilité publique qui se trouve renouvelé par le principe. L’invocation de la précaution conduit les écologistes à exiger du juge un bilan “ risques-bénéfices ” qui en cas de doute scientifique sur les conséquences d’un projet prendrait le relais du bilan “ coûts-avantages ”, acquis depuis l’arrêt Ville Nouvelle Est (1971).

C'est enfin l'idée que l'administration serait tenue d'imposer des prescriptions techniques aux installations industrielles plus sévères que celles prévues par les textes. Ainsi on a pu plaider sur le fondement de la précaution la possibilité pour le préfet d'imposer immédiatement des prescriptions à une installation classée soumise à déclaration, alors qu'une telle possibilité n'est possible selon la loi du 19 juillet 1976 qu'une fois l'installation déclarée. De la même façon, une association de protection de l'environnement, toujours au nom de la précaution, a prétendu obtenir du juge administratif l'application à l'entreposage de l'oxyde d'uranium appauvri de dispositions d'une directive communautaire dont le délai de transposition n'était pas encore arrivé à terme.

Bref, le principe de précaution voit les justiciables devant le juge administratif plaider un au-delà des textes, qu'il s'agisse des procédures en vigueur ou des obligations de fond qu'il posent. Le juge se trouve ainsi invité à un cap supplémentaire dans son contrôle de l'exercice du pouvoir de police administrative. On ébranlerait ici les fondements mêmes du droit administratif.

Et ce constat peut encore être fait en droit communautaire. Invoquée devant la CJCE et TPI la précaution bouscule le sacro-saint principe de l'ordre communautaire : la liberté de circulation des marchandises.

Subversion de l'ordonnancement des champs disciplinaires

En tant que nouveau bien mis sur le marché doctrinal, le principe malmène encore l'ordonnancement des champs disciplinaires. Au-delà de sa vocation à légitimer l'action publique, le principe pose aussi la question de son applicabilité aux rapports de droit civil. Et il réactive déjà la querelle entre les tenants d'une responsabilité pour faute et d'une responsabilité sans faute. Il trouble ceux qui sont farouchement opposés à une 'juridictionnalisation' des risques, voire à leur socialisation par le juge. Il repose par ailleurs la question de l'aptitude des juridictions à être saisies de "l'illégalité de l'incertain" et le problème jamais réellement tranché en droit positif de la réception/création de principes généraux par le juge. Ainsi il illustre sinon la persistance des clivages politiques derrière les joutes doctrinales du moins la difficulté de penser les rapports entre droit et politique ; *in fine* le principe pose la question fondamentale de la posture du juriste dans sa fonction d'interprète légitime du droit.

L'environnement n'échappe pas lui-même à ce débat, il devient même pour certains la première victime du principe : il risquerait d'y perdre son âme. Axé sur la santé humaine et les risques sanitaires, le droit finaliste de la protection de la nature glisserait subrepticement vers une matière de conception par trop anthropocentrique. Plus fondamentalement, ces débats démontrent que le principe de précaution s'avère le fer de lance des principes généraux du droit de la loi Barnier qui permettent aux environmentalistes, nouvellement dotés d'un code de l'environnement, de travailler à l'autonomisation de leur matière, c'est-à-dire à sa reconnaissance comme une réelle branche du droit. D'ailleurs le principe de précaution permet aux environmentalistes d'occuper un espace nouveau dans le champ doctrinal, leur prétention à redéfinir l'intérêt général y trouvant un second souffle : on y repense la substance du contrôle de légalité. Ceci conduit à des réactions épidermiques qui ont d'ores et déjà marqué les esprits. Mais comme le principe repose tout entier aujourd'hui sur la fonction normative classique du Conseil d'Etat, la doctrine administrative "née sur les

genoux du juge ” s’en empare à son tour pour enregistrer les prochains progrès de l’Etat de droit au moyen du contrôle juridictionnel.

Au total le principe de précaution, avant même d’avoir acquis le statut de règle positive implique déjà de repenser les conditions de production des droits.

UN PRINCIPE CONTROLE PAR LE JUGE

A partir de quelques exemples jurisprudentiels, on pourra constater que les juges français n’ont pas pris le maquis par rapport à une certaine orthodoxie juridique. On peut étayer ce point de vue de deux considérations : d’une part, la cristallisation de la précaution comme PGD dans le contentieux de la légalité conduit surtout le juge administratif à contrôler les excès de précaution bien plus qu’à sanctionner le défaut de précaution ; d’autre part, sur le terrain de la responsabilité administrative, le juge administratif nous semble raisonner dans l’immédiat dans le seul cadre de la prévention ce qui lui évite d’avoir à sanctionner l’ “ obligation d’information de ce que l’on ne connaît pas scientifiquement ”.

Vers un PGD “ d’appellation d’origine contrôlée ”.

La révolution attendue par certains justiciables n’a pas eu lieu. C’est d’abord le Conseil constitutionnel qui a désamorcé la “ bombe à retardement ” que constituait le principe de précaution. N’en déplaise à certains, la décision IVG du 27 juin 2001 voit en effet le Conseil constitutionnel refuser de ranger le principe parmi les objectifs de valeur constitutionnelle. De la même façon la CAA de Nantes juge que le régime législatif des installations classées serait par nature compatible avec le principe de précaution alors que sa formulation communautaire (130 R2 du Traité de Rome, devenu l’article 174, § 2, dans sa version consolidée) ne serait pas d’application directe.

Pour autant le Conseil d’Etat et les juges du fond nous semblent emprunter la voie que laisse ouverte cette jurisprudence : la précaution se voit érigée en PGD s’imposant au pouvoir réglementaire. Trois indices jurisprudentiels et enfin une considération de politique jurisprudentielle nous incitent à soutenir l’hypothèse du PGD.

D’une part, avant même l’intervention de la loi Barnier, on trouve au moins une décision du Conseil d’Etat qui au nom d’une incertitude scientifique exige l’élargissement d’un périmètre de captage d’eau. Selon la même logique, dans l’affaire des salariés victimes de l’amiante, face au Ministre de l’environnement qui soutenait que des faits commis antérieurement à l’intervention de la loi Barnier ne sont pas justiciables de la précaution, le Commissaire du gouvernement Lilian Benoît considère que “ ce principe d’action préexistait quelle que soit sa date de formalisation textuelle, sinon il ne s’agirait pas d’un principe ”.

D’autre part, on peut citer plusieurs décisions où, en présence d’un doute scientifique sur une action humaine discutée au contentieux, le Conseil d’Etat invoque “ les précautions qui s’imposent en matière de santé publique ”. Il est remarquable que cette formule jurisprudentielle a d’abord été inaugurée par le Conseil d’Etat à propos de la santé, matière qui on le sait ne sera finalement réintroduite qu’après coup dans la loi Barnier. Certes on peut se demander quelles sont les relations entretenues par cette formulation et l’article L 110-1 du code de l’environnement. Ce d’autant que dans ces affaires la disposition en question est invoquée. Ne serait-il pas simplement question pour le juge administratif, en lieu et place de consacrer un PGD, de tenir d’applicabilité directe la définition législative du

principe ? En l'état de la jurisprudence la thèse est soutenable, à rappeler encore que dans le fameux arrêt *avant droit Greenpeace*, la formule jurisprudentielle n'est pas employée. Dans le même sens plusieurs décisions des juges du fond appliquent purement et simplement l'article L 100-1, pour opposer aux prétentions des justiciables les conditions de fond fixées par le législateur dans sa définition de la précaution. Ultime remarque, qui nous fait dire que le principe demeure seulement en cours de cristallisation : le Conseil d'Etat ne désigne pas la précaution comme un " principe ", un " principe général ", même " sil ne faut pas attacher de conséquences à cette diversité terminologique ".

Reste qu'une récente décision du Conseil d'Etat, nous fait tout de même préférer l'hypothèse d'un PGD en voie de cristallisation. En effet, à l'occasion d'un contrôle bilan " couts-avantages " d'un arrêté d'approbation d'une canalisation de transports de produits chimiques, le Conseil d'Etat tient compte " des mesures de précaution qui s'imposent en matière d'environnement ", tout comme il l'avait déjà fait dans l'affaire *Sté Rustica* program génétique SA (s'agissant de la légalité du retrait provisoire du marché de l'insecticide " gauchon "). La particularité de ces affaires réside dans l'absence d'incertitude scientifique sur les risques encourus par l'environnement. Et la doctrine avait pu stigmatiser cette référence abusive à la précaution, comme nous l'avons souligné, avec d'autres, dans l'affaire des champs lillois des champs captants. Mais force est de constater que le Conseil d'Etat lui-même continue d'assimiler précaution et prévention. N'est-ce pas la meilleure preuve qu'au contentieux de la légalité la haute juridiction opte pour une application autonome du principe, dégagée de sa formulation législative ? Et il ne suffit pas de soutenir que ce faisant le Conseil d'Etat refuse de consacrer le principe de précaution pour s'en tenir à la prévention ; on ne s'expliquerait alors pourquoi il accepte de contrôler la légalité des mesures sanitaires ou environnementales en cas de réel doute scientifique.

C'est là qu'intervient une considération de politique jurisprudentielle. Si notre hypothèse devait se confirmer, elle s'expliquerait encore par la marge de manœuvre que se réserverait ainsi le juge administratif par rapport au potentiel subversif du principe. Il pourrait au grès des affaires dont il connaît, façonner le principe et définir en toute liberté la profondeur du contrôle de précaution. Il forgerait ainsi son propre standard de jugement qui d'ailleurs pourrait varier avec les matières contentieuses abordées. Et quitte à faire un bilan en opportunité, on se rend compte que le Conseil d'Etat n'a, au fond et pour l'instant, sanctionné aucun manque de précaution ni d'ailleurs censuré les excès de précaution.

La responsabilité : cap maintenu vers la prévention.

On comprend très bien l'inquiétude de Manuel Gros à voir un jour appliquer le principe de précaution dans le domaine de la responsabilité administrative et plus particulièrement au domaine de la responsabilité médicale : non seulement l'hypothèse factuelle de précaution s'avère " rétive au mécanisme de la responsabilité ", particulièrement sur le terrain de la faute ; mais de surcroît à imaginer cet obstacle dépassé, cela reviendrait pour les juges à imposer une obligation de doute et d'information au-delà des connaissances scientifiques du moment.

Mais il nous semble que l'hypothèse ainsi envisagée confond le véritable destinataire de l'obligation de précaution : c'est moins le praticien qui voit son obligation d'information directement exposée et étendue que l'institution qui est à même de faire surgir le doute dans l'esprit du praticien ... bref celui qui est à même de savoir. En ce sens jamais le praticien ne sera tenu d'informer de ce qu'il ne sait pas et n'est nullement privé par le principe de

précaution de l'excuse selon laquelle " il ne pouvait pas savoir ".

C'est d'ailleurs le sens des contentieux d'ores et déjà engagés. Les justiciables ne s'y trompent pas, en mettant en cause la responsabilité de l'Etat pour avoir tardé à prendre des mesures de précautions substantielles (affaire du sang contaminé) ou processuelles requises (affaire de l'amiante).

Et le juge administratif pour sa part se cantonne à la prévention quitte soit restreindre d'autorité le champ de l'indemnisation, soit à forcer la qualification de " risque sérieux " pour éviter d'avoir à se réclamer de la précaution. C'est cette dernière hypothèse qu'illustre parfaitement la décision de la CAA de Marseille et les conclusions du commissaire du gouvernement Lilian Benoît, s'agissant d'actions indemnitaires engagées contre l'Etat par les salariés victimes de l'amiante.

Ici les requêtes tendaient à la mise en cause de l'Etat pour réparer les conséquences dommageables de maladies contractées avant 1977 et 1995 par quatre travailleurs du fait de leur exposition à l'amiante. L'origine des maladies n'était plus contestée en appel, en revanche la carence de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'exposition professionnelle aux poussières d'amiante demeurait contestée en appel par le ministre. Or suivi sur ce terrain par la Cour, le commissaire du gouvernement, souligne d'emblée dans ses conclusions : " il ne me semble pas que dans cette affaire nous soyons à proprement parler dans la problématique du principe de précaution qui ne joue que lorsque le risque est lui-même certain. Ici au contraire, comme on le verra bientôt, était certain et vérifié ". Néanmoins, Lilian Benoît nuance son propos lorsqu'il nous fait le récit des différents soupçons qui ont pesé sur l'amiante entre 1906 et 1950, pour concéder qu' " il n'est donc pas possible de prétendre que le risque était parfaitement connu dans toutes ses composantes et dans toutes son ampleur avant les années 1970 ". L'espèce aurait donc pu se prêter à une analyse en termes de précaution. Mais pour le commissaire du gouvernement " l'existence d'un doute sérieux était établi " et exigeait de l'Etat qu'il engage des investigations plus poussées. C'est là que résidera finalement la faute de l'Etat pour la Cour s'agissant des victimes d'avant 1977, synonyme d'une carence de prévention. Pour celles touchées dans les années 1990 c'est la persistance de l'Etat à opter pour une réglementation imposant une utilisation contrôlée de l'amiante, car scientifiquement aucun seuil, malgré les abaissements successifs, ne s'avère capable d'endiguer les effets du produit. Or l'Etat n'en sera convaincu qu'en 1995 lorsqu'il aura finalement commandité l'étude qui s'imposait à l'INSERM.